Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 55, No. 3: Issue 134, Autumn 2023, p.31-44

Online ISSN: 2538-3892 Print ISSN: 2008-9139

Receive Date: 09-03-2022 Revise Date: 11-06-2022 Accept Date: 11-06-2022

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75753.1328 Article type: Original

Requirement of registering in the correctness of real estate transactions

Dr. Reza Tavakoli Tavallai, Graduated with a doctorate in Jurisprudence and Principles of Law, Razavi University of Islamic Sciences **(corresponding author)**

Email: r.tavakoli.mohamad.a1370@gmail.com

Dr. Belal Shakri, Professor of higher levels of Mashhad Seminary

Mustafa Jalali, Professor of higher levels of Mashhad Seminary

Mostafa Rafsanjani Moghadam, A graduate of Mashhad Seminary, assistant professor of Tabran Institute of Higher Education

Abstract

Some of the harms of real estate and land transactions relying on property ownership and normal documents are: land grabbing, shrinking of agricultural land, threat to food security, weakness in managing crises and natural disasters, increase in administrative and judicial corruption, occurrence of fraud, bribery, forgery and etc.

In order to solve these harms, the theory of real estate and land registration in the registration system has been proposed. Regarding this theory, there are two challenges of "the legitimacy of the system" and "the monopolization of real estate and land transactions in the system". In this essay, with a descriptive and analytical method, the belief has been strengthened that based on jurisprudential rules and principles, the registration system in question is legitimate and in the assumption that three conditions are met: the existence of a system that leads to certainty of ownership, the accusation of the market and the disruption of people's livelihood in the assumption of referring to the *Amarat*, real estate and land transactions based on the *Amarat* of property are void, and in order to accurately identify the owners, the buyer and seller should only refer to the registration system.

Therefore, it is necessary to make the transaction of real estate and land according to the registration system become a law, and in the event of a conflict, this system takes precedence over all the property *Amarat*.

Key words: real estate and lands, ownership Amarat, registration problems, registration system, legitimacy of registration system, monopoly of registration system.

This is an open access article under the CC BY license: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۵ - شماره ۳ - شماره پیاپی ۱۳۴ - پاییز ۱۴۰۲، ص ۴۴ - ۳۱
HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸
شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۸
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۱
نوع مقاله :پژوهشی
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.75753.1328

اشتراط ثبت در صحت معاملات ملکی[1]

دکتر رضا توکلی تولایی (نویسنده مسئول)

دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: r.tavakoli.mohamad.a1370@gmail.com

دکتر بلال شاکری

استاد سطوح عالی حوزه علمیه مشهد

مصطفی جلالی

استاد سطوح عالی حوزه علمیه مشهد

مصطفی رفسنجانی مقدم

دانش آموخته حوزه علمیه مشهد، استادیار موسسه آموزش عالی تابران

چکیده

بخشی از آسیب‌های معاملهٔ املاک و اراضی با تکیه بر امارات ملکیت و اسناد عادی عبارت‌اند از: زمین‌خواری، خُردشدن اراضی کشاورزی، تهدید امنیت غذایی، ضعف در مدیریت بحران‌ها و بلاهای طبیعی، افزایش فساد اداری و قضایی، وقوع جرم کلاه‌برداری، رشوه، جعل و غیره. به‌منظور حل این آسیب‌ها، نظریهٔ ثبت املاک و اراضی در سامانهٔ ثبتی مطرح شده است، راجع به این نظریه دو چالش «مشروعیت سامانه» و «انحصاری شدن معامله املاک و اراضی در سامانه» وجود دارد. در این جستار با روش توصیفی و تحلیلی، این باور تقویت شده که بر پایه قواعد و مبانی فقهی، سامانهٔ ثبتی مزبور، مشروع است و در فرض گردآمدن سه شرط: وجود سامانه‌ای که به مالکیت علم‌آور باشد، اتهامی‌بودن بازار و اخلال معیشت مردم در فرض رجوع به امارات، معاملات املاک و اراضی به استناد امارات ملکیت، باطل است و به‌منظور شناسایی دقیق مالکان، خریدار و فروشنده بایستی صرفاً به سامانهٔ ثبتی مراجعه کنند. بنابراین ضروری است معاملهٔ املاک و اراضی طبق سامانهٔ ثبتی، تبدیل به قانون شود و در مقام تعارض،این سامانه بر تمامی امارات ملکیت مقدم شود.

واژگان کلیدی: املاک و اراضی، امارات ملکیت، معضلات ثبتی، سامانهٔ ثبتی، مشروعیت سامانهٔ ثبتی، انحصار سامانهٔ ثبتی.

---

۱. نوشتار حاضر در راستای طرح قوهٔ قضاییه راجع به حل معضل ثبتی املاک و اراضی است.

مقدمه

دانش فقه به‌سبب ویژگی پویایی که دارد، در زمان‌های مختلف توانسته پاسخ‌گوی مسائل جدید فراوانی باشد. ازجمله مسائل نو که در عصر حاضر وجود دارد، مسئلهٔ شناسایی مالکیت است. در فقه راهکارهایی برای شناسایی مالک ارائه شده است، لکن این راهکارها مشکلات متعددی در معاملهٔ اموال، به‌ویژه معاملهٔ املاک و اراضی به وجود آورده است.[1] یکی از راه‌های مطرح در راستای حل معضلات معاملهٔ املاک و اراضی، سامانهٔ ثبت املاک است. در سامانهٔ ثبتی، مالک املاک و اراضی و همچنین وضعیت آن ملک و اراضی ازنظرِ وقفی و عدم‌وقفی معین می‌شود و هریک از خریدار و فروشنده در حین انجام معامله می‌توانند با رجوع به این سامانه، مالک و وضعیت آن املاک و اراضی را احراز کنند.

چالش‌های اساسی در برابر این سامانهٔ ثبتی، در مرحلهٔ اول، مشروعیت آن و در مرحلهٔ دوم، جایگزینی این سامانه به‌جای امارات ملکیت است. فرضیهٔ تحقیق آن است که اولاً، سامانهٔ ثبتی مشروعیت دارد و ثانیاً، در فرض جمع‌شدن سه شرط (وجود سامانه‌ای اطمینان‌آور به مالکیت فروشنده، اتهامی‌بودن بازار و اخلال معیشت مردم در فرض رجوع به امارات ملکیت) در معاملهٔ املاک و اراضی، رجوع به امارات ملکیت صحیح نیست و معاملهٔ انجام‌شده به‌دلیل این امارات، محکوم به بطلان است.

ازاین‌رو، در گام نخست با بهره گیری از قواعد و مبانی فقهی، مشروعیت سامانهٔ ثبتی اثبات می‌شود و در گام دوم با بهره گیری از مبانی موجود در حجیت امارات، شرط احراز مالکیت خریدار و فروشنده و قاعدهٔ حرمت اخلال نظام و قاعدهٔ وجوب حفظ نظام، به بررسی تحلیلی مسئلهٔ محل نزاع می‌پردازیم.

پرسش‌های اساسی این نوشتار عبارت‌اند از: آیا جهت شناسایی مالکیت املاک و اراضی، سامانهٔ ثبتی مشروعیت دارد؟ در فرض مشروعیت و جمع‌شدن سه شرط (وجود سامانه‌ای اطمینان‌آور به مالکیت فروشنده، اتهامی‌بودن بازار و اخلال معیشت مردم در فرض رجوع امارات ملکیت)، انجام معاملهٔ املاک و اراضی بر اساس امارات ملکیت چه حکمی دارد؟

راجع به معضلات ثبتی پژوهش‌هایی انجام شده است، اما اکثر پژوهش‌های این حوزه مربوط به تعارض اسناد عادی و اسناد رسمی است، لذا بر اساس جست‌وجوهای انجام‌شده تاکنون هیچ اثر علمی به‌صورت مسئلهٔ مطرح‌شده در این نوشتار تدوین نشده است و این نوشتار، نخستین پژوهشی است که دراین‌باره به رشتهٔ تحریر در آمده است. این نکته شایان‌ذکر است که نوشتار حاضر در راستای طرح معاونت راهبردی قوهٔ قضاییه در خصوص حل معضلات ثبتی معاملهٔ املاک و اراضی به رشتهٔ تحریر درآمده است. این طرح، توسط مجلس شورای اسلامی تصویب شد، لکن شورای محترم نگهبان در خصوص مشروعیت سامانهٔ ثبتی اشکال وارد کردند. مشروعیت یک مسئله نیازمند آن است که دارای مبانی فقهی باشد و در

۱. نک: مرکز آمار سال ۹۶ معاونت راهبردی قوهٔ قضائیه.

صورت داشتن مبنای فقهی مشروع است و قابلیت قانون‌گذاری را دارد. ازاین‌رو، درصدد هستیم اولاً، مبانی فقهی اثبات‌کنندهٔ مشروعیت سامانه را بیان کنیم و ثانیاً، انحصار معاملهٔ املاک و اراضی، بر اساس مبانی فقهی اثبات شود و درصدد ارزیابی مبانی فقهی مطرح‌شده نیستیم.

بایستی این نکته را یادآور شد که ازآنجایی‌که معضلات موجود، در املاک و اراضی نمود بیشتری دارد، صرفاً املاک و اراضی مدِّنظر است، هرچند ادله‌ای که به آن‌ها استدلال می‌شود اعم است و اموال دیگر را نیز فرا می‌گیرد.

۱. مشروعیت سامانهٔ ثبتی

طبق اصل ۴ قانون اساسی، در نظام جمهوری اسلامی ایران یک مسئله زمانی می‌تواند به‌عنوان قانون تصویب شود و مردم ملزم به رعایت آن شوند که آن مسئله منطبق با موازین شرعی باشد و طبق اصل ۹۶ قانون اساسی، تشخیص عدم‌مغایرت مصوبه‌ای با احکام اسلامی برعهدهٔ شورای نگهبان است.

در راستای مشروع‌بودن مسئله‌ای، نیازمند وجود مبنای فقهی یا قواعد فقهی برای آن مسئله هستیم. نخستین چالش پیش‌روی مسئلهٔ سامانهٔ ثبتی، وجود مبنا و قواعد فقهی بر طبق این سامانه هست تا بتوان به واسطهٔ آن، مبانی و قواعد فقهی مشروعیت سامانهٔ ثبتی را اثبات و حتی آن را تبدیل به قانون کرد.

دربارهٔ اینکه نتیجهٔ رجوع به سامانهٔ ادعایی، قطع به مالکیت است یا اطمینان یا ظن، سه احتمال وجود دارد: ۱. درصورتی‌که سامانهٔ مذکور سبب قطع شود، مشروعیت رجوع به آن طبق حجیت ذاتی قطع، ثابت و پذیرفتنی است؛ ۲. اگر این سامانه سبب اطمینان شود، باتوجه‌به اعتبار عقلایی اطمینان نیز اعتبار رجوع به سامانه محل تأمل نخواهد بود؛ ۳. اما اگر نتیجهٔ رجوع به سامانه، حصول ظن به مالکیت اشخاص باشد، دو حالت متصور است: اول آنکه، اگر اصل اولی در ظنون را اعتبار و حجت بدانیم، همچنان مشروعیت آن از باب حجیت ظنون خواهد بود؛ دوم آنکه، اگر اصل اولی در ظنون را عدم‌حجیت بدانیم، اثبات مشروعیت رجوع به سامانهٔ مذکور محتاج دلیل است.

برای اثبات مشروعیت استفاده از سامانهٔ ثبتی در صورت دوم می‌توان از دو طریق بهره برد:

طریق اول: اگر در حجیت امارات و ظنون خصوصاً در امارات، احراز ملکیت را عقلایی بدانیم، می‌توان بر اساس سیرهٔ عقلایی و ملاک پذیرش سایر امارات ملکیت نزد ایشان، قائل به اعتبار چنین سامانه ای از نگاه عقلا در کنار سایر امارات احراز ملکیت شد. درحقیقت، در چنین نگاهی، امارات ملکیت، منحصر در موارد خاص نیست؛ بلکه بر اساس زمان‌ها و شرایط مختلف ممکن است به‌لحاظ مصداقی از نگاه عقلا دارای تغییراتی شود؛ یعنی بر تعداد این امارات افزوده یا از تعداد آن کاسته شود. همچنین ممکن است بر اساس مبنای مذکور، به جای اینکه سامانهٔ ثبتی را در عرض سایر امارات ملکیت به شمار آورد، آن

را به‌عنوان مصداقی از مصادیق یکی از امارات ملکیت، یعنی قاعدهٔ ید به شمار آورد؛ توضیح اینکه، در تعریف ید آمده است: «سلطه و اقتدار شخص بر شیء، به‌گونه‌ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلای او باشد و بتواند هرگونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد.»[1] بنابراین، عرف در تعریف ید نقش مهمی دارد و صدق عنصر استیلا و سلطه، منوط به تشخیص عرف است. صاحب عروه دراین‌باره می‌فرماید: «و المراد بها السلطنة العرفية و الاستيلاء على الشيء المختلفة بحسب الموارد.»[2] از سویی، این قاعده جزء امارات معتبر موضوعی است و مستند اصلی این قاعده، همان بنای عقلاست. روایاتی هم که برخی فقها به‌عنوان مدرک قاعدهٔ ید بیان کرده‌اند، در واقع اشاره به همان ارتکاز عقلایی دارد. بنابراین، قاعدهٔ ید اماره‌ای عقلایی است.[3] امارات عقلایی نیز تحول مصداقیه دارند و به‌مرورزمان مصادیق آن‌ها تغییر می‌کند. درنتیجه، مصادیق قاعدهٔ ید ممکن است تغییر یابد. امروزه در اموال غیرمنقول پرارزش (املاک و اراضی)، اسناد رسمی و سامانهٔ ثبتی را می‌توان مصداق قاعدهٔ ید دانست، بدین گونه که عقلا، استیلای بر املاک و اراضی را منوط به ثبت اطلاعات در سامانهٔ مذکور بدانند.

طریق دوم: درصورتی‌که حجیت امارات را تعبدی بدانیم، تنها در صورتی می‌توان قائل به اعتبار و مشروعیت سامانه شد که زیرمجموعهٔ برخی از امارات احراز ملکیت تعریف شود و قرار گیرد. چنین سامانه ای را می‌توان بر اساس مطالب بیان‌شده، به‌عنوان مصداقی از مصادیق ید دانست و بر اساس اعتبار و مشروعیت قاعدهٔ ید، سامانهٔ ثبتی را نیز معتبر دانست؛ توضیح اینکه، هرچند مبنای پذیرش امارات برای احراز ملکیت، تعبد شرعی است؛ اما تعیین مصادیق آنچه شارع ما را بدان متعبد کرده است، به عرف و عقلا واگذار شده است. چنانچه بیان شد ممکن است سامانهٔ ثبتی را از نگاه عقلا، مصداقی جدید و مستحدث برای سلطنت و استیلا دانست که همان مضمون قاعدهٔ ید است.

۲. انحصار معاملهٔ املاک و اراضی بر اساس سامانهٔ ثبتی

پس از اثبات مشروعیت سامانهٔ ثبتی و انجام معاملات املاک و اراضی بر اساس آن، این سؤال مطرح می‌شود که آیا از منظر فقه می‌توان انتقال این اموال را در سامانهٔ ثبتی منحصر کرد و انجام معامله به‌واسطهٔ امارات ملکیت و اسناد عادی را بی‌اعتبار دانست؟

برای روشن‌ترشدن زوایای مسئله و تقریر محل نزاع به‌صورت تفصیلی باید گفت: در وقوع معامله از طرف متعاقدین چند صورت متصور است.

صورت اول: برای شناسایی مالک ثمن و مثمن، راه علم منفتح نیست. در این صورت، یقیناً رجوع به

۱. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۷.

۲. طباطبایی، تکملة العروة الوثقی، ۱۱۸/۲.

۳. بجنوردی، القواعد الفقهية، ۱۴۱/۲؛ فاضل لنکرانی، القواعد الفقهية، ۳۵۹.

امارات ظنیه جایز است.

صورت دوم: برای شناسایی مالک ثمن و مثمن، راه علم منفتح است. در این صورت، دو حالت متصور است: حالت اول، بازار اتهامی نیست. در این حالت، طبق اصل الصحة و قاعدهٔ سوق، رجوع به امارات ظنیه جایز است. حالت دوم، بازار اتهامی است. در این حالت دو قسم متصور است: أ. رجوع به امارات ملکیت سبب اخلال در معیشت انسان‌ها نمی‌شود، در این صورت رجوع به امارات ظنیه جایز است. ب. رجوع به امارات ملکیت سبب اخلال در معیشت انسان‌ها می‌شود و آسیب‌های اجتماعی به‌وجود می‌آورد.

از بین صور مطرح‌شده، تنها یک صورت تحلیل و بررسی می‌شود و آن صورت اخیر است. بنابراین، مسئلهٔ پژوهش آن است که در صورت تجمیع سه شرط (انفتاح باب علم به‌منظور کشف مالکیت خریدار و فروشنده، اتهامی‌بودن بازار و اخلال نظام در فرض رجوع به امارات ملکیت و عدم‌رجوع به راه‌های علمی یا اطمینانی)، آیا انجام معاملهٔ املاک و اراضی بر اساس امارات ملکیت جایز است؟ حکم معاملات انجام شده در فرض مسئله، بر اساس امارات ملکیت چیست؟

بنابراین، می‌توان مسئلهٔ محل بحث را چنین تبیین کرد: درصورتی‌که هنگام معامله، مثلاً زمینی که ارزش مالی بسیاری دارد، امکان علم یا اطمینان راجع به شناسایی مالک ثمن و مثمن از طریق سامانه‌ای وجود داشته باشد، درحالی‌که بازار، متهم به کلاهبرداری و فروش مال غیر است و رجوع به امارات ملکیت برای کشف مالکیت سبب اخلال نظام معیشت است، آیا رجوع به امارات ملکیت و عدم‌استفاده از سامانهٔ ثبتی جایز است؟ آیا معاملهٔ انجام‌شده به‌واسطهٔ امارات ملکیت، محکوم به بطلان است؟

بیان مدعا: در فرض تجمیع سه شرط (وجود سامانه‌ای اطمینان‌آور به مالکیت فروشنده، اتهامی‌بودن بازار و اخلال معیشت مردم در فرض رجوع به امارات ملکیت)، رجوع به امارات ملکیت برای انجام معاملهٔ املاک و اراضی جایز نیست و معاملهٔ انجام‌شده توسط امارات ملکیت محکوم به بطلان است.

ازاین‌رو، مدعا این است که در فرض تجمیع سه شرط مذکور، معاملهٔ اموال غیرمنقول پرارزش (املاک و اراضی) صرفاً توسط سامانهٔ ثبتی بایستی صورت پذیرد و معاملات انجام‌شده توسط امارات ملکیت بی اعتبار است.

۳. ادلهٔ انحصار معاملات املاک و اراضی در سامانهٔ ثبتی

۳. ۱. استدلال از طریق عدم‌اعتبار رجوع به امارات ملکیت در فرض انفتاح باب علم

در اعتبار امارات در فرض انفتاح باب علم، دو مبنای کلی وجود دارد: ۱. امارات در فرض انفتاح باب علم حجت است؛[۱] ۲. امارات در فرض انفتاح باب علم حجت نیست.[۱]

۱. خویی، مصباح الأصول، ۴۰/۱.

امام خمینی(ره) بر این باور است که امارات، امری عقلائی است که شارع مقدس ازنظرِ غرض تسهیل، عمل به امارات را منع نکرده است، وگرنه عمل به امارات از باب جانشینی مکان قطع نیست.[۲] طبق مبنای ایشان، قطع، خود راهی عقلایی است که در هنگام نبود آن، طبق امارات عمل می‌کنند.[۳]

طبق مبنای امام خمینی(ره) که امارات را امری عقلایی می‌داند و در فرض انفتاح باب علم، رجوع به امارات ملکیت را جایز نمی‌داند، در فرض مسئلهٔ محل بحث که باب علم برای کشف مالکیت متعاقدین منفتح است، رجوع به امارات ملکیت در فرض مسئله جایز نیست و منحصراً بایستی به آن سامانهٔ علم‌آور مراجعه کرد.

۳. ۲. استدلال از طریق مبانی موجود در باب حجیت امارات

مشهور اصولیان بر این باورند که حجیت امارات ملکیت، از باب تعبد شرعی است.[٤] در مقابل این نظریه، امام خمینی(ره) و آیت‌الله بروجردی امارات ملکیت را نه از باب تعبد شرعی، بلکه از باب بنای عقلا حجت دانسته‌اند.[٥]

آیت‌الله بروجردی، دلیل حجیت امارات ظنیه از باب بنای عقلا را این‌گونه بیان می‌کند: «رسیدن به واقع، یک امر تکوینی است و نیاز به جعل شرعی ندارد.»[٦]

بر اساس هر دو مبنا، بر انحصار انتقال املاک و اراضی می‌توان استدلال کرد: بر اساس حجیت امارات از باب بنای عقلا می‌توان گفت که: اولاً، بنای عقلا آن است که در فرض امکان تحصیل علم و اطمینان در فرض مسئله، به امارات ملکیت ظنیه اعتماد نمی‌کنند؛ برای مثال، اگر فردی در خرید زمینی به شهادت دو فرد عادل بسنده کند، درحالی‌که امکان علم و اطمینان به مالکیت وجود داشته است، عقلا این فرد خریدار را سرزنش می‌کنند. ثانیاً، بر اساس این مبنا، امارات ملکیت جایگزین قطع نمی‌شوند؛ چراکه بر اساس این مبنا واقع‌نمایی برای امارات ملکیت وجود ندارد تا بتواند جایگزین علم و قطع شوند.[۷] بنابراین بر اساس این مبنا در فرض مسئله، تمسک به امارات ملکیت برای انجام معامله صحیح نیست و در صورت وقوع معامله به‌واسطهٔ امارات ملکیت، معامله محکوم به بطلان است؛ چراکه این امارات، دلیل برای وقوع معامله به صورت شرعی نیست. پس معامله منحصراً باید از طریق آن سامانهٔ علم‌آور انجام شود.

اما بر اساس حجیت امارات از باب تعبد شرعی این‌گونه می‌توان استدلال کرد که: می‌توان حجیت این

---

۱. خمینی، تهذیب الأصول، ۳۲۳/۲.
۲. خمینی، تهذیب الأصول. ۳۲۳/۲.
۳. خمینی، انوار الهدایة، ۱۰۷/۱.
٤. نائینی، فوائد الأصول، ۱۰۸/۳؛ اصفهانی، نهایة الدرایة، ۱۲۵/۲.
۱.خمینی، تهذیب الأصول، ۳۳۰/۲.
٦. بروجردی، نهایة الأصول، ۴۵۸.
۷. خمینی، انوار الهدایة، ۱۰۸/۱.

امارات ملکیت را در عرض سامانهٔ ثبتی علم‌آور قرار داد؛ چراکه این امارات ملکیت از سوی شارع حجیت دارند و در صورت تمسک به این امارات، معاملهٔ واقع‌شده صحیح است. لکن فرض مسئلهٔ ما این است که بازار اتهامی است و رجوع به این امارات ملکیت سبب اخلال در نظام معیشت شده است، در این صورت یقیناً تمسک به امارات ملکیت صحیح نیست و این امارات ملکیت از حجیت ساقط می‌شود. همچنان‌که در صورت بی‌مبالاتی مسلمان، قاعدهٔ سوق حجت نیست[1] یا بینه در فرض متهم‌بودن، حجت نخواهد بود.[2] بنابراین، طبق این مبنا هم در فرض مسئله، مراجعه به امارات ملکیت برای انجام معامله صحیح نیست و معاملهٔ واقع‌شده، محکوم به بطلان است و منحصراً بایستی معامله را در فرض مسئله از طریق سامانه انجام داد.

۳. ۳. استدلال از طریق شرط احراز مالکیت

در شرط‌بودن احراز مالکیت متعاقدین در خصوص مال مورد معامله، بین فقها دو مبنا وجود دارد: ۱. احراز مالکیت متعاقدین لازم نیست؛ ۲. احراز مالکیت متعاقدین لازم است.

خوانساری در تأیید مبنای دوم می‌فرماید: یکی از شرایط بیع، احراز مالکیت بایع و مشتری است؛ چراکه از سویی، اصل اولی در معاملات بطلان است و خروج از این اصل، دلیل قطعی می‌خواهد و با ظن و احتمال نمی‌شود از این اصل خارج شویم. این اصل برای ما حجت است تا زمانی که دلیل قطعی بر خروج داشته باشیم، یعنی بدانیم که قطعاً مبیع منتقل شده است[3] و از سوی دیگر، هنگام انشای بیع، متعاقدین باید قصد جدی تملیک و تملک داشته باشند؛ مثلاً کسی که مال محتمل السرقة را می‌خرد، طبیعتاً نمی‌تواند تملکت را به‌صورت جدی بیان کند. بنابراین، بایع و مشتری باید مالکیت طرف مقابل خود را احراز کنند.[4]

باتوجه‌به آنچه بیان شد، در فرض تهمت بازار، عرفاً جدیت تملیک و تملک از مشتری متمشی نمی‌شود، خصوصاً در جایی که موضوع از اهمیت بالایی برخوردار است، به‌ویژه زمانی که امکان علم یا اطمینان نیز وجود داشته باشد. ازاین‌رو، هر کدام از متعاملان تا وقتی از طرق معتبر، مالکیت طرف مقابل را احراز نکرده باشد، شک دارد که مالکیت به او منتقل شده است یا خیر؟ در اینجا اصل، عدم‌انتقال مالکیت و بطلان است.

اشکال: اگر احراز مالکیت متعاقدین شرط است، پس احکام بیع فضولی چه می‌شود؟

پاسخ: در بیع فضولی دو فرض متصور است: در فرض علم‌نداشتن مشتری به فضولی‌بودن بایع،

۱. خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ۲۶۹/۳.
۲. حر عاملی، وسائل الشیعة، ۳۷۴/۲۷.
۳. خوانساری، جامع المدارک، ۹۸/۳.
٤. جوادی آملی، تقریرات درس خارج فقه، ۹۰.

مشتری طبق امارات مالکیت گمان می‌کرده است که بایع فضولی نیست و او را واقعاً مسلط بر مال می‌دانسته است. حال اگر راه علم راجع به احراز مالکیت باز و مال نیز پرارزش باشد و بازار هم بازار اتهامی بوده است، این اول الکلام است و فرقی در مسئله نیست و طبق بیان مذکور لازم است به طریق علم مراجعه کند و معامله هم عرفاً صحیح نیست؛ چراکه عرفاً احراز مالکیت صورت نپذیرفته است.

مشتری می‌داند بایع فضولی است و معامله را انجام می‌دهد و ثمن و مثمن مبادله می‌شود. در اینجا اگر بایع اصلی اجازه ندهد، ازنظرِ فقها اصولاً معامله‌ای انجام نشده است و ازآنجاکه عدم‌مالکیت احرازشده سبب شرعی انتقال حاصل نیست؛ بیع انجام نشده است.[1]

به‌عبارت‌دیگر، فضولی آن است که خریدار اطلاع ندارد این مالی که می‌خرد بیعی فضولی است، حال یا این فرد به سامانهٔ علم‌آور ثبتی مراجعه می‌کند و علم به مالک پیدا می‌کند یا اگر این فرد به سامانه مراجعه نکرد، در واقع سهل‌انگاری کرده و مثل کسی است که علم به فضولی‌بودن معامله دارد اما باز هم معامله را انجام داده است، بنابراین این معامله باطل است.

اشکال: مشتری از طریق اماره (ید یا بینه) تعبداً احراز مالکیت می‌کند، بنابراین اصل عدم‌انتقالِ مالکیت جاری نمی‌شود.

پاسخ: در فرض مسئله، رجوع به بینه و ید، مستلزم نقض غرض از ترخیص در مراجعه به امارات است. توضیح اینکه، در صورت انفتاح باب علم می‌توان به امارات رجوع کرد، اما در بعضی موارد چنین ترخیصی صادر نشده است. با مراجعه به موارد جواز و عدم‌جواز رجوع به امارات در صورت انفتاح باب علم و همچنین با استظهارِ روشنی که از روایات دال بر کفایت امارات وجود دارد، مانند آن دسته از روایاتی که امام معصوم در زمان حضور خود، مردم را به اصحاب مراجعه می‌داده‌اند، معلوم می‌شود شارع مقدس به‌منظور مصلحت تسهیل در امور چنین اجازه‌ای را صادر فرموده است. حال اگر خود این رجوع، سبب نوعی آسیب برای مکلفان شود، طبعاً این نقض غرض و خروج از دلالت ادلهٔ ترخیص در صورت انفتاح باب علم است. حداقل اینکه در مواردی مانند فرض مسئله برای انسان شک ایجاد می‌شود که آیا این موارد هم شامل دلیل ترخیص هست یا خیر؟ به اصل اولیه در حجیت ظنون (عدم‌اعتبار) مراجعه می‌شود. علاوه بر اینکه بیان شد در موارد شک نیز اصل در معاملات، فساد است.

اشکال: بازار در زمان پیامبر اکرم(ص) و امامان معصوم(ع) هم اتهامی بوده است، لکن باز هم معصومان مردم را به امارات ملکیت مراجعه می‌داده‌اند.

جواب: در آن زمان، سامانه یا وسیله‌ای که سبب علم به مالکیت متعاقدین شود وجود نداشته است، لذا شارع مقدس برای تسهیل، امارات ملکیت را حجت دانسته است. اگر در آن زمان راه‌هایی برای احراز

---

۱. انصاری، المکاسب، ۴۸۵/۳.

ملکیت بود، یقیناً امام مردم را به امارات ملکیت ارجاع نمی‌دادند.

۳. ۴. استدلال از طریق قاعدهٔ حرمت اختلال نظام

ازجمله قواعد عقلی و شرعی پذیرفته‌شدهٔ فقها، قاعدهٔ حرمت اختلال نظام است.[۱] واژهٔ نظام در معنا و مفاهیم مختلف به کار رفته و هر معنا دارای احکام و آثار منحصر به فرد است؛ ازجمله عبارت‌اند از: سامان داشتن زندگی و معیشت مردم، کیان کشور اسلامی و مسلمانان، حکومت یا رژیم سیاسی موجود، هریک از خرده‌نظام‌های سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی.

پرکاربردترین معنای نظام، معنای اول یعنی سامان‌داشتن زندگی و معیشت مردم است. به‌عبارتی، حفظ نظام مملکت و آراستگی جامعه از هرگونه هرج‌ومرج است. فقها هر زمان لفظ نظام را به‌صورت مطلق بیان می‌کنند منظورشان همین معناست.[۲]

مراد ما از نظام در استدلال فوق، همان معنای اول؛ یعنی نظام معیشت و اجتماعی انسان است. بنابراین، بر مکلفان حرام است که در نظام معیشت انسان‌ها اختلال ایجاد کنند.

این استدلال دارای دو مقدمه است؛ صغری: رجوع به امارات ملکیت در معاملهٔ املاک و اراضی سبب اخلال در نظام معیشت مردم شده است؛ کبری: اخلال در نظام معیشت مردم ممنوع و حرام است. پس رجوع به امارات ملکیت برای انجام معاملهٔ املاک و اراضی، ممنوع و حرام است و از حکم حرمت می‌توان به بطلان رسید و این معاملات باطل است.

در کبرای بحث، جای هیچ اشکالی نیست و به‌تعبیر برخی، این حرمت ازجملهٔ احکام اولیهٔ اسلام است.[۳]

بحث ما صغروی است که آیا واقعاً رجوع به امارات ملکیت در معاملهٔ اموال غیرمنقول پرارزش سبب اخلال در نظام معیشت مردم می‌شود؟

شاید کسانی بگوید که شأن فقیه تعیین موضوع نیست، لکن امام خمینی می‌فرمایند: کار فقیه در درجهٔ اول موضوع‌شناسی است تا بعد بتواند حکم را درست استنباط کند.

در مسئلهٔ محل بحث، برای اثبات اخلال نظام در فرض مراجعه به امارات ملکیت برای انجام معامله نیازمند مراجعه به محاکم قضایی هستیم.

اموال غیرمنقول ذاتاً مستعد زمینه‌سازی بسترهای فساد متعددی هستند. هنگامی‌که بتوان مالکیت ملک یا زمینی را بدون نظارت حاکمیت و به‌صرف تلاقی ارادهٔ طرفین انتقال داد و این روشِ انتقال مالکیت در

۱. خمینی، البیع، ۶۱۹/۲.
۲. ملک افضلی اردکانی، قاعدهٔ حفظ نظام، ۳۹تا۴۷.
۳. مکارم شیرازی، انوار الأصول، ۲۴۱/۳.

نظام حقوقی کشور و به‌تبع نزد مردم معتبر باشد، کلاه‌برداری و به‌طورکلی هر عمل غیرقـانونی مـرتبط بـا آن افزایش می‌یابد. این پدیده، علاوه بر کاهش چشمگیر امنیت معاملات و مبـادلات اقتصـادی، سـبب بـروز پدیده‌های متعدد دیگری نیز شده که ابعاد آن تاکنون برای کشور ناشناخته مانده است.

انجام معاملات املاک و اراضی به‌واسطهٔ امارات ملکیت سبب بروز آسـیب هـای متعـددی در کشـور شده است؛ ازجمله آن آسیب‌ها می‌توان به امور زیر اشاره کرد:

أ. حجم بالای پرونده‌های قضائی و تشدید اطالهٔ دادرسی: طبق آمار معاونت راهبردی قوهٔ قضـائیه، تعداد پرونده‌های کیفری و حقوقی مرتبط با معاملات از طریق امارات ملکیت ظنیـه در سـال ۱۳۹۶ بـدین شرح است: تصرف عدوانی: ۱۰۶هزار پرونـده، جعـل: ۱۰۲هـزار پرونـده، خیانـت در امانـت: ۱۷۴هـزار پرونده، کلاهبرداری: ۲۳۶هزار پرونده، تحصیل مال از طریق نامشروع: ۹۰هزار پرونده، مزاحمت ملکـی: ۸۲هزار پرونده، ممانعت از حق: ۶۹هزار پرونده، انتقال مال غیر: ۲۱هزار پرونده، فروش مال غیر: ۵۱هـزار پرونده، الزام به تنظیم سند رسمی (اجاره، صلح، سـرقفلی، ملـک): ۷۲هـزار پرونـده، خلـع یـد: ۵۰هـزار پرونده، اثبات مالکیت (مالی غیرمنقول): ۲۷هزار پرونده و... .

ب. رواج معضل زمین‌خواری: رواج معاملات عادی و ناممکن‌بودن اطلاع از مالکیت واقعی، زمینهٔ سوءاستفاده و به‌تعبیری زمین‌خواری را فراهم آورده است. زمین‌خواران، زمین‌های متعلق به منابع طبیعـی را تصرف می‌کنند یا کاربری زمینی را بدون مجوز قانونی تغییر می‌دهند یا زمین‌ها را به‌طور غیرقانونی تفکیک می‌کنند و سپس با احداث ملک، عموماً به‌صورت غیرمجاز آن‌ها را به‌صورت عادی معاملـه می‌کننـد و بـه مردم می‌فروشند.

ج. تضعیف قدرت حکمرانی نظام بـه‌دلیل خلـع ابزارهـای سیاسـت‌گـذاری و قاعـده‌گـذاری: مجهول‌بودن مالکیت بخش درخـورِتـوجهی از اراضـی و امـلاک کشـور کـه اصـلی‌ترین علـت آن اعتبـار معاملات غیررسمی و عادی است، امکـان حکمرانـی و اِعمـال قـدرت را از نظـام سـلب می‌کنـد و عمـلاً توانمندی کشور را برای مدیریت حوزهٔ زمین و ملک از بین می‌برد؛ برای مثال، یکـی از ابزارهـای قدرتمنـد دولت برای کنترل بازار مسکن، وضع مالیات بـر ارزش زمـین، مالیـات بـر عائـدی سـرمایه و مالیـات بـر خانه‌های خالی است.

د. ضعف در مدیریت بحران‌ها و بلاهای طبیعی و عدم‌توانایی بر جبران خسـارات ناشـی از آن: وجه دیگر از ابعاد آسیب‌های رواج معاملات عادی، کاهش توان مدیریت بحران کشور است که بـه‌ویژه در سیل ویرانگر اخیر نمایان شد و آن، مشخص‌نبودن مرز مالکیت هر فرد پس از مفقودشدن اسناد و قولنامه‌ها و تخریب خانه‌ها و محله‌هاست. در سیل‌های اخیر، قوهٔ قضائیه به‌سرعت اعلام کرد بـه مالکـان خانـه‌ها و زمین‌ها سند المثنی داده می‌شود؛ اما املاکی کـه سـند رسـمی ندارنـد راه دشـواری بـرای اثبـات مالکیـت

خواهند داشت، درحالی‌که اگر معـاملات به‌صـورت رسـمی و صـرفاً از طریـق ثبـت الکترونیـک صـورت می‌گرفت، نظام به‌راحتی می‌توانست با جایگزینی اسناد مالکیت، هواداری خویش از حقوق مشروع مردم را به اثبات رساند.

ه. افزایش فساد اداری و قضایی: پرونده‌های مرتبط با امـوال غیرمنقـول بـه دلایلـی از پیچیـده‌تـرین پرونده‌ها به‌لحاظ رسیدگی است که آن دلایل عبارت‌اند از: ۱. به‌علت پرارزش‌بودن اموال غیرمنقول، امکـان ارتشا و انحراف روند رسیدگی بیش از سایر پرونده‌هاست؛ ۲. به‌علت ماهیت اسناد غیررسمی، امکان جعل اصل یا جزئیات متن در آن‌هـا زیـاد اسـت؛ ۳. امکـان رهگیـری تبـادلات در معـاملات غیررسـمی عمـلاً غیرممکن است و این خود سبب می‌شود که یکی از جذاب‌ترین ابزارهای رشوه‌دادن، نقل و انتقال قولنامـه-ای املاک شود؛ موضوعی که در پرونده‌های فساد کلان اخیر نیز مصادیق آن بارها و بارها در دادگاه‌ها ذکـر شده است. بنابراین، رجوع به اسناد غیررسمی یا همان امارات ظنیه، یکی از مهم‌تـرین علـل فسـاد اداری و قضایی و درعین‌حال از مهم‌ترین ابزارهای فساد اداری و قضایی است.

باتوجه‌به نکات مذکور که صرفاً بخشی از ابعاد و تبعات پدیدۀ نبود سامانۀ ثبتی است، به نظر می‌رسـد معاملات املاک و اراضی بر اساس امارات ملکیت سبب اختلال نظام و تضییع حق انسان‌های زیادی شده است.

بنابراین می‌توان گفت: در فرض وجود سامانه‌ای علم‌آور به‌منظور اطمینان از مالکیت متعاقدین، رجوع به امارات جایز نیست و حتی بالاتر که حرام است؛ چراکه سبب اخلال در نظام معیشت مردم می‌شود.

اشکال: بر فرض، معاملۀ املاک و اراضی منجر به اخلال نظام می‌شود، آیا معاملـۀ امـلاک و اراضـی انجام‌شده به‌واسطۀ امارات ملکیت محکوم به بطلان است؟

پاسخ: اگر مبنای کسانی که معتقدند از حکم تکلیفی می‌توان به حکم وضعی رسید را بپذیریم، در این صورت از حرمت معاملۀ املاک و اراضی توسط امارات ملکیت می‌توان به حکم بطلان قائل شد.

۳. ۵. استدلال از طریق قاعدۀ وجوب حفظ نظام

دلیل وجوب حفظ نظام، همچون حرمت اخلال نظام از مستقلات عقلیه اسـت کـه بـر اسـاس قاعـدۀ ملازمه، مثبت حکم شرعی و ادلۀ محرزۀ اثبات حکم است. لکن امارات، طرق ظنیه معتبره از سوی شـارع هستند که برای کشف حکم واقعی، جعل و اعتبار شده‌اند. قاعدۀ وجوب حفظ نظام ازآنجایی‌که یک دلیـل محرزۀ عقلی قطعی است، بر مؤدای اماره (چه بر مسلک سببیت و چه بر مسـلک طریقیـت) مقـدم اسـت. شهید صدر در بحث تعارض بین ادلۀ محرزه می‌فرماید: «فإن کان الدلیل العقلیّ قطعیّاً قُدّم علـی معارضـه علی أیّ حال لأنّه یقتضی القطع بخطإ المعارض، و کلّ دلیلٍ یقطع بخطئه یسقط عن الحجّیّة.»[1]

۱. صدر، دروس، ۲۲۱/۳

طبیعی است ازآنجاکه میان ادلۀ مثبت امارات و قاعدۀ وجوب حفظ نظام، نسبت عموم‌وخصوص من وجه برقرار است، در موارد اشتراک، دلیل امارات از حجیت ساقط می‌شود و این سقوط را می‌توان از راه ورود، حکومت یا تخصیص تقریر کرد.

ازآنجایی‌که حفظ نظام واجب است و نیز رجوع به امارات ملکیت به‌منظور انجام معاملات املاک و اراضی سبب اخلال در نظام می‌شود، لذا رجوع به امارات ملکیت صحیح نیست و حتی بایستی در فرض مسئله، این معاملات را بی‌اعتبار دانست و معاملات این اموال را صرفاً از طریق همین سامانۀ علم‌آور انجام داد.

نتیجه‌گیری

قاعدۀ ید، قاعده‌ای عقلایی است، لذا تحول مصداقی دارد. در عصر حاضر، این سامانۀ ثبتی را می‌توان مصداق قاعدۀ ید در اموال غیرمنقول، نظیر املاک و اراضی قلمداد کرد، درنتیجه این سامانه امری مشروع است.

در صورت تجمیع سه شرط (۱. سامانه‌ای علم‌آور (انفتاح باب علم) به مالکیت متعاقدین؛ ۲. اتهامی بودن بازار؛ ۳. اختلال نظام در فرض عدم‌رجوع به سامانه)، رجوع به امارات ملکیت و اسناد عادی برای کشف مالکیت متعاقدین در املاک و اراضی صحیح نیست و انجام معامله از این طریق محکوم به بطلان است. ازاین‌رو، معاملات املاک و اراضی صرفاً بایستی از طریق سامانۀ ثبتی صورت پذیرد. دلیل بر این انحصار را می‌توان وجود مبانی فقهی دانست؛ ازجمله: مبانی موجود در حجیت امارات ظنیه و مبنای شرط احراز مالکیت متعاقدین، قاعدۀ حرمت اخلال نظام به همراه مبنای وصول به حکم وضعی از طریق حکم تکلیفی و قاعدۀ وجوب حفظ نظام.

در راستای رفع آسیب‌های به وجود آمده در معاملات املاک و اراضی به‌سبب رجوع به امارات ظنیه و اسناد عادی پیشنهاد می‌شود قوۀ قضائیه سامانۀ ثبت املاک و اراضی طراحی کند، به‌گونه‌ای که در آن سامانه، مالک املاک و اراضی ثبت شود تا متعاقدین در زمان انجام معاملۀ املاک و اراضی به این سامانه مراجعه کنند و این سامانه دلیل بر مالکیت افراد بر املاک و اراضی باشد؛ برای مثال، فردی که می‌خواهد معامله‌ای انجام دهد، از طریق پیامک یا کد دستوری به وضعیت مالکیت مال این خانه یا زمین علم پیدا کند. در این سامانه می‌توان طی رنگ‌بندی‌هایی، وضعیت مالکیت آن ملک یا اراضی را بفهمد. حتی این سامانه بتواند وضعیت این زمین ازنظرِ وقفی یا غیروقفی‌بودنش را مشخص کند؛ برای مثال، زمینی که رنگ سبز دارد؛ یعنی معامله‌شان جایز و زمینی که با رنگ زرد مشخص شده است، مربوط به نهاد یا ارگان خاص است و امکان واگذاری و نقل و انتقال از طریق خاص وجود ندارد و صرفاً از طریق رجوع به آن ارگان خاص

فروختنی است و املاک و اراضی مشخص‌شده با رنگ قرمز؛ یعنی املاک مجهول‌المالک که تعیین وضعیت نشده یا مثلاً در طرح راه و شهرسازی است.

منابع

اصفهانی، محمدحسین. نهایة الدرایة فی شرح الکفایة. قم: سید الشهداء. چاپ‌اول، ۱۳۷۴ق.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین. المکاسب. قم: دار الذخائر. چاپ‌اول، ۱۴۱۱ق.

بجنوردی، حسن. القواعد الفقهیة. قم: الهادی. چاپ‌اول، ۱۴۱۹ق.

بروجردی، حسین. نهایة الأصول. تهران: تفکر. چاپ‌اول، ۱۴۱۵ق.

جوادی آملی، عبدالله. تقریرات درس خارج فقه. ۹۰/۱۱/۱۶. http: //eshia. ir/

حر عاملی،محمدبن‌حسن. وسائل الشیعة. قم: آل‌البیت(ع). چاپ‌اول، ۱۴۰۹ق.

خمینی، روح‌الله. انوار الهدایة. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره). چاپ‌اول، ۱۴۱۵ق.

ــــــــــــــ. تهذیب الأصول. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره). چاپ‌اول، ۱۴۲۳ق.

ــــــــــــــ. کتاب البیع. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره). چاپ‌اول، ۱۴۲۱ق.

خوانساری، احمد. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: اسماعیلیان. چاپ‌دوم، ۱۴۰۵ق.

خویی، ابوالقاسم. مصباح الأصول. قم: داوری. چاپ‌اول، ۱۴۲۲ق.

ــــــــــــــ. التنقیح فی شرح العروة الوثقی. قم: تحت اشراف جناب آقای لطفی. چاپ‌اول، ۱۴۱۸ق.

صدر، محمدباقر. دروس فی علم الأصول. قم: دار الهدی. چاپ‌اول، ۱۴۲۲ق.

طباطبایی، محمدکاظم. تکملة العروة الوثقی. قم: کتاب‌فروشی داوری. چاپ‌اول، ۱۴۱۴ق.

فاضل لنکرانی، محمد. القواعد الفقهیة. قم: مهر. چاپ‌اول، ۱۴۱۶ق.

محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه: بخش مدنی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ‌چهل‌وهفتم، ۱۳۹۵.

معاونت راهبردی قوهٔ قضائیه. مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوهٔ قضائیه، ۱۳۹۶.

مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول. قم: مدرسهٔ امام علی‌بن‌ابی‌طالب. چاپ‌دوم، ۱۴۲۸ق.

ملک افضلی اردکانی، محسن. قاعدهٔ حفظ نظام. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشهٔ اسلامی. چاپ‌اول، ۱۳۹۷.

نائینی، محمدحسین. فوائد الأصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی. چاپ‌اول، ۱۳۷۶.